

1. Op 30 juli 2022 oordeelde de Afdeling in een tweetal zaken over de vraag of buitenwerkingstelling van de rechterlijke dwangsom en de bestuurlijke dwangsom in asielzaken stand kon houden of dat de buitenwerkingstelling in strijd was met het Unierecht. Deze uitspraken kennen een lange voorgeschiedenis. Nadat de dwangsommen in asielzaken tot astronomische bedragen opliepen, introduceerde de wetgever de Tijdelijke wet opschorting dwangsommen (Tijdelijke wet, *Stb.* 2020, 242, ve20002233). Vanaf het begin af aan was discussie of deze wet geen bepalingen bevatte die in strijd waren met het Unierecht. Na wisselende rechtspraak deed de Afdeling op 6 juli 2022 uitspraak in een zaak die zag op de vraag of de afschaffing in asielzaken van de mogelijkheid om in beroep te gaan wegens niet tijdig beslissen (artikel 6:2 sub b Awb) in strijd was met het Unierecht. Het antwoord daarop was kort gezegd ja (zie ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1810, *AB* 2022/363, m.nt. Bex-Reimert, *JV* 2022/202, m.nt. Bex-Reimert, ve22001860). Deze uitspraak had echter een beperkte reikwijdte. Op de vraag de buitenwerkingstelling van de bestuurlijke dwangsom in strijd was met het gelijkwaardigheidsbeginsel, had de Afdeling nog geen oordeel gegeven. Daarnaast zag het oordeel van de Afdeling van 6 juli 2022 strikt genomen alleen op de wet zoals deze gold voor 11 juli 2021. Als gevolg van het inmiddels vervallen artikel 5 van de Tijdelijke wet werd per 11 juli 2021 de mogelijkheid om beroep in te stellen wegens niet tijdig beslissen weer opengesteld in asielzaken. Dit gold echter niet voor de mogelijkheid om een rechterlijke dwangsom op te leggen. En hoewel betoogd kan worden dat de Afdeling in haar uitspraak van 6 juli 2022 al een voorschot had genomen op de vraag of de afschaffing van de rechterlijke dwangsom overeind kon blijven (zie mijn annotatie bij de uitspraak van 6 juli 2022 en rechtbank Den Haag, zp. Zwolle, 20 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7388, ro. 3, ve22002134 en Informatiebericht SUA, IB 2022/64, [https://puc.overheid.nl/ind/doc/PUC\\_1292472\\_1/1/](https://puc.overheid.nl/ind/doc/PUC_1292472_1/1/)), werd nog steeds gewacht op een expliciet oordeel van de Afdeling over de verenigbaarheid van het afschaffen van de rechterlijke dwangsom in het asielrecht met het Unierecht.

2. Dat expliciete oordeel over de buitenwerkingstelling van de rechterlijke dwangsom kwam op 30 november 2022. In deze uitspraak (ECLI:NL:RVS:2022:3353, *JV* 2023/39, ve22003242) oordeelde de Afdeling kort gezegd dat de afschaffing van de rechterlijke dwangsom inderdaad in strijd is met het Unierecht. De rechtbank Den Haag, zp 's-Hertogenbosch had in haar uitspraak van 22 april 2022 (ECLI:NL:RBDHA:2022:3777, ve22001041) een rechterlijke dwangsom gekoppeld aan een door de rechtbank gesteld termijn om alsnog een besluit te nemen op een asielaanvraag. Met een verwijzing naar *Tubarov* (ECLI:EU:C:2019:626, *JV* 2019/165 m.nt. W.H. Hutten, ve19002170), oordeelt de Afdeling dat er strijd met het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan bestaan als de rechter niet beschikt over enig middel om zijn uitspraak te doen naleven (r.o. 5.5). De rechtbank had geoordeeld dat de mogelijkheid om beroep in te stellen wegens niet tijdig beslissen onvoldoende was om te voldoen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming als er geen mogelijkheid van een rechterlijke dwangsom of een alternatief dwangmiddel bestaat.

3. De Afdeling onderbouwt haar oordeel met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis van zowel de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen (*Kamerstukken II* 2005-2006, 29 934 en 30435) als de Tijdelijke Wet (*Kamerstukken II* 2019-2020, 35 476, nr.3). Uit de wetsgeschiedenis van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen leidt de Afdeling af dat de wetgever zelf van mening was dat het voor een doeltreffende rechtsbescherming noodzakelijk was dat een burger beroep kan instellen tegen een niet tijdig genomen besluit en dat de rechter een rechterlijke dwangsom oplegt. De Afdeling constateert daarnaast dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Tijdelijke wet blijkt dat de wetgever geen onderscheid heeft gemaakt tussen de bestuurlijke dwangsom en de rechterlijke dwangsom bij het betoog dat dwangsommen in zijn algemeenheid niet meer passend is om een tijdig besluit op een asielaanvraag te waarborgen. Maar, zo oordeelt de Afdeling, een rechterlijke dwangsom kan bijdragen aan de doeltreffendheid van een rechtsgang. Hierbij verwijst de Afdeling tevens naar de wetgever zelf, die in de totstandkomingsgeschiedenis van de Tijdelijke wet zelf stelt dat zonder het bieden van alternatieven, het niet verantwoord is om de dwangsommen af te schaffen omdat daardoor het nuttig effect van het Unierecht mogelijk wordt ondergraven (*Kamerstukken II*, 2019-2020, 35 467, nr.9). De geïntroduceerde periodieke rapportage wordt door de Afdeling als een te zwak instrument beschouwd nu dit een algemeen instrument is en niet ziet op de rechtsbescherming van de individuele vreemdeling. De staatssecretaris had bij de rechtbank nog aangevoerd dat een compensatie achteraf via de burgerlijke rechter mogelijk was maar dit wordt zowel door de rechtbank en de Afdeling als onvoldoende beoordeeld nu het verkrijgen van schadevergoeding slechts een beperkte vorm van bescherming achteraf is die onvolledig en ontoereikend is en niet doeltreffend nu de vreemdeling daarmee geen tijdige besluitvorming kan afdwingen (r.o. 5.6). En dus, zo oordeelt de Afdeling 'dit alles tezamen maakt het zonder de rechterlijke dwangsom voor de vreemdeling uiterst moeilijk om zijn aan

het Unierecht ontleende recht op een tijdig besluit doeltreffend in rechte te beschermen'. De rechtbank Den Haag, zp 's-Hertogenbosch heeft dus, aldus de Afdeling, terecht geoordeeld dat artikel 1 van de Tijdelijke wet in strijd is met artikel 47 van het EU Handvest voor zover de mogelijkheid om een rechterlijke dwangsom in een asielprocedure op te leggen wordt uitgesloten.

4. De rechtbank had ook geoordeeld dat de afschaffing van de rechterlijke dwangsom in strijd was met het evenredigheidsbeginsel, zoals geëist door artikel 52 Handvest in het geval van beperkingen van een EU Handvest recht, in dit geval artikel 47 Handvest. De rechtbank oordeelde dat de beperking weliswaar bij wet was gesteld maar dat de wetgever bij het buiten werking stellen van de rechterlijke dwangsom, zonder daarvoor een voorziening te treffen, de wezenlijke inhoud van het recht niet eerbiedigt. (r.o.4.9) Ook ziet de rechtbank niet in waarom de afschaffing noodzakelijk zou zijn en daadwerkelijk zou beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en oordeelt zij dat de afschaffing vooral ingegeven zou zijn door kostenbesparing (r.o. 4.9) De staatssecretaris had hier tegenin gebracht dat het uitsluiten van de mogelijkheid om een rechterlijke dwangsom op te leggen een geschikte maatregel is om te bereiken dat er tijdig besluiten worden genomen in asielzaken. Maar de Afdeling is snel klaar met dit argument van de staatssecretaris. Niet alleen ziet de Afdeling niet in hoe het afschaffen een geschikte maatregel is, sterker nog, de Afdeling stelt dat de rechterlijke dwangsom juist wel kan bijdragen een tijdige besluitvorming. Gelet op het hetgeen de Afdeling eerder met betrekking tot de effectieve rechtsbescherming had betoogd, lag dit oordeel van de Afdeling ook zeer voor de hand.

5. Met dit oordeel lijkt de mogelijkheid om een rechterlijke dwangsom in asielzaken af te schaffen definitief uitgesloten te zijn. Deze uitspraak was te verwachten. Zolang de staatssecretaris niet met een echt alternatief, toegespitst op de individuele zaak, komt, lijkt de afschaffing van de rechterlijke dwangsom op grond van strijd met artikel 47 en 52(1) EU Handvest niet mogelijk. Opvallend is wel dat waar in de uitspraak van 6 juli 2022 strijd wordt geconstateerd met zowel het doeltreffendheidsbeginsel als artikel 47 Handvest, men in deze zaak voor het anker van 47 en 52(1) EU Handvest is gaan liggen. Dat in deze uitspraak artikel 47 en 52(1) EU Handvest worden behandeld is, gelet op de grieven die door de staatssecretaris zijn aangevoerd, niet opvallend. Vraag is wel waarom geen verwijzing naar het beginsel van doeltreffendheid wordt gemaakt door de Afdeling. Maar goed, uiteindelijk maakt het niet heel veel uit.

6. En hoe zit het dan met de afschaffing van de bestuurlijke dwangsom? Die houdt wel stand, zo volgt uit de tweede uitspraak van de Afdeling van 30 november 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:3352, JV 2023/38, ve22003241). Ook dit was niet verrassend. Want het is hard zoeken naar een vergelijkbare nationale procedure. Het betoog van de staatssecretaris is in alle zaken geweest dat er geen vergelijkbare procedure op nationaal niveau bestaat. Met andere woorden: er is geen vordering die vergelijkbaar is qua voorwerp, oorzaak en voornaamste kenmerken. En daarmee kom je ook niet toe aan de tweede stap waarbij beoordeeld moet worden of de vorderingen die gebaseerd zijn op het Unierecht ongunstiger worden behandeld dan vordering die gebaseerd zijn op het nationale recht. Er zijn namelijk geen nationaalrechtelijke vorderingen waarmee de asielprocedure vergeleken kan worden.

7. De rechtbank Den Haag, zp. 's-Hertogenbosch had op 22 april 2022 (ECLI:NL:RBDHA:2022:3776, AB 2022/183, m.nt. A. Outhuijse, M.C. Pakkert, ve22001040) oordeelde dat er wel sprake was van strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Door de procedure voor een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd met de beperking medische behandeling als een vergelijkbare vordering te kwalificeren, kwam de rechtbank wel toe aan de tweede stap. Over deze toepassing van deze tweede stap is de rechtbank relatief kort; met het buiten werking stellen van de bepaling over de dwangsom bestaat er geen enkele prikkel meer om wel op tijd te beslissen (r.o. 4.6). Een aantal andere zittingsplaatsen dacht er anders over (zie ook de annotatie van Bex-Reimert bij de uitspraak van 6 juli 2022, punt 14) en oordeelde dat er in het Nederlandse recht geen vergelijkbare procedure was. In een artikel van Outhuijse, Pakkert en Bex-Reimert in de *JBPlus* wordt door de auteurs nog gesuggereerd dat het voorwerp van de procedure ook het tijdig afdwingen van besluitvorming zou kunnen zijn (A. Outhuijse, M.C. Pakkert en V.M. Bex-Reimert, 'Termijnoverschrijding in het asielrecht: een kritische bespreking van de Afdelingsuitspraak van 6 juli en haar gevolgen', *JBPlus* 24 (4), p. 150-170. Maar ook Outhuijse, Pakkert en Bex-Reimert concluderen dat het onwaarschijnlijk is dat er sprake is van strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel omdat er geen vergelijkbare vorderingen te vinden zijn in het nationale recht (zie in die zin ook de annotatie van Bex-Reimert bij de uitspraak van 6 juli 2022).

8. De Afdeling oordeelt dat de procedure om een verblijfsvergunning regulier op medische gronden geen vordering is die vergelijkbaar is wat betreft voorwerp, oorzaak en voornaamste kenmerken met de asielprocedure. Hierbij maakt de Afdeling een vergelijking tussen beide procedures waarbij ze argumenten aanvoert waarom de procedures niet vergelijkbaar zijn. Zo speelt bijvoorbeeld bij een vreemdeling die in aanmerking komt voor internationale bescherming zijn medische toestand geen rol tenzij die vreemdeling opzettelijk medische zorg wordt geweigerd. Ook wordt verwezen naar de bijzondere kenmerken van de asielprocedure, zoals de lastige bewijspositie, de samenwerkingsplicht en de sterke nadruk die in de asielprocedure die ligt op de verklaringen van de vreemdeling zelf. In de reguliere procedure ligt de nadruk weer veel meer op de medische gegevens zelf en niet op de verklaringen van de vreemdeling, aldus de Afdeling. De procedures die door de vreemdeling zijn aangehaald, halen het ook niet. Het ging hier om een onderzoek door het CBR naar de geschiktheid of rijvaardigheid van een persoon op grond van de Wegenverkeerswet 1994 en een procedure op grond van de Wet Antarctica. Betoogd was dat voor beide procedures een specifieke deskundigheid vereist was.

9. En daarmee houdt het op. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat de Tijdelijke wet, voor zover het gaat om het uitsluiten van het verbeuren van een bestuurlijke dwangsom, in strijd is het met Unierechtelijk gelijkwaardigheidsbeginsel. Er was ook nog aangevoerd dat de afschaffing van de bestuurlijke dwangsom in strijd zou zijn met het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsbeginsel maar ook dat houdt ook geen stand nu de rechter met de vaststelling van de bestuurlijke dwangsom niet de het in artikel 42 en 43 Vw 2000 neergelegde recht op een besluit op een asielaanvraag kan waarborgen omdat de bestuurlijke dwangsom automatisch wordt verbeurd. Een apart verzoek bij de rechter is niet noodzakelijk. Dit is anders voor zover het gaat om de rechterlijke dwangsom zoals neergelegd in artikel 8:55c Awb en 8:72 lid 6 Awb. Daar is het de rechter die een dwangsom op een door hem bepaalde termijn zet. Ook een beroep op het doeltreffendheidsbeginsel houdt geen stand nu de vreemdeling alsnog via de bestuursrechter kan afdwingen dat binnen een bepaalde termijn alsnog een besluit wordt genomen op zijn asielaanvraag. En daarmee is de cirkel rond.

10. Toch knaagt hier iets, al kan de Afdeling daar ook niet veel aan doen. Want hoewel het oordeel dat de procedure voor een verblijfsvergunning regulier op medische gronden, het onderzoek door het CBR naar de geschiktheid of rijvaardigheid of de procedure op grond van de Wet Antarctica misschien onvergelijkbaar zijn, de vraag of er überhaupt een procedure in bestuursrechtelijk Nederland is die vergelijkbaar is met de asielprocedure qua voorwerp, oorzaak en voornaamste kenmerken wordt niet beantwoord.

11. En nu? Want in het voorstel voor de Permanente wet (*Kamerstukken II*, 2020-2021, 35 749) is de afschaffing van de rechterlijke en bestuurlijke dwangsom een feit. Dit voorstel zal in ieder geval aangepast moeten worden. Of de rechterlijke dwangsom wordt weer in ere hersteld in asielzaken of de wetgever komt een alternatief dat in individuele zaken garandeert dat er sprake is van effectieve rechtsbescherming voor de vreemdeling. Een dergelijk alternatief heeft de annotator in de Kamerstukken nog niet voorbij zien komen.

12. Dat in dit geval deze Tijdelijke wet grotendeels onderuitgaat vanwege strijd met het Unierecht, is eigenlijk tragisch. Blijkbaar vindt onze nationale wetgever het garanderen van effectieve rechtsbescherming voor vreemdelingen niet de moeite waard. Terwijl ik toch altijd heb gedacht dat het ging om een fundamentele waarde. En dit is niet het enige dossier waarin de wetgever het willens en wetens laat aankomen op een oordeel van de rechter, die vervolgens met het Unierecht in de hand moet oordelen dat een regeling onverbindend is. Van de wetgever mag verwacht worden dat deze pal voor deze fundamentele waarden gaat staan, ook in tijden van 'crisis'. Of misschien juist wel in tijden van crisis. Deze noot wordt ook in de *AB* gepubliceerd.

**Viola Bex-Reimert, Universiteit Utrecht**